

El Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público otorga una nueva calificación de «tarifa pública» a las contraprestaciones que pagan los usuarios de los servicios públicos y, en concreto, del servicio municipal del agua

Carlos Vázquez Cobos

Socio coordinador
del Área de Público de G A _ P

Blanca Lozano Cutanda

Catedrática de Derecho Administrativo
Consejera académica de G A _ P

La naturaleza jurídica de la contraprestación por la utilización de los servicios públicos —y, en particular, del servicio municipal de abastecimiento de agua potable— cuando son prestados en régimen de derecho privado por concesionario o empresa de economía mixta ha sido objeto de una larga polémica como consecuencia de su confusa regulación legal. Ahora, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público trata de zanjar el debate al disponer que la contraprestación por el servicio reviste el carácter de una «prestación patrimonial de carácter público no tributario» en todos los casos en que sea prestada por un concesionario o de forma directa mediante personificación privada, y regula algunas de las notas que la van a caracterizar.

El Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Congreso (BOCG de 10 de agosto del 2017) y que sigue actualmente su tramitación en el Senado, pretende zanjar la «interminable» polémica que se ha suscitado en los últimos años sobre la naturaleza jurídica de las contraprestaciones que pagan los usuarios de servicios públicos, que se ha manifestado con especial intensidad en el servicio municipal de suministro de agua domiciliaria prestado por un concesionario o por una empresa mixta participada por el Ayuntamiento. La regulación legal actualmente vigente es poco clara, pues, si bien el artículo 2.2a de la Ley 58/2003, General Tributaria (LGT), califica de tasas los tributos cuyo hecho imponible sea la prestación de servicios en régimen de derecho público de recepción obligatoria para los usuarios, su segundo párrafo, que extendía esta

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

naturaleza a los servicios prestados bajo «cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público», fue suprimido por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible.

Tras esta reforma, la Dirección General de Tributos se pronunció en el sentido de que, si un ente local gestionaba directamente sin ningún tipo de delegación el servicio público, debía exigir una tasa, pero, si la entidad que gestionaba el servicio público era una sociedad privada municipal o una empresa privada por medio de un contrato administrativo de gestión del servicio, las contraprestaciones no podían ser calificadas de ingresos de derecho público, sino de ingresos de derecho privado (Informe de 26 de julio del 2011, N/REF 2011-28394).

Varios pronunciamientos del Tribunal Supremo siguieron este criterio, pero una más reciente Sentencia del este tribunal de 23 de noviembre del 2015 (rec. n.º 4091/2013) ha vuelto a concluir, tras un análisis de la normativa y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que «el servicio de suministro y distribución de agua potable debe ser objeto de una tasa (art. 20.4t LHL). [...] Las contraprestaciones que satisface el usuario del servicio de suministro de agua potable prestado mediante concesión deben ser calificadas como tasas, con independencia de la modalidad de gestión empleada. Incluso en los casos en que el servicio es gestionado por un ente público que actúa en régimen de derecho privado». La sentencia se fundamenta, en especial, en la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, sobre todo en la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, conforme a la cual la forma o régimen de prestación de un servicio por parte de su titular no afecta a la naturaleza de la contraprestación, siendo lo esencial para su calificación como tasa el «determinar si estamos ante prestaciones coactivas por servicios de carácter obligatorio, indispensables o monopolísticos».

Este criterio, sin embargo, sigue sin ser compartido por la Dirección General de Tributos del Estado que, apoyándose en la jurisprudencia anterior, emitió un nuevo informe reiterando su postura (Informe de 8 de abril del 2016, N/REF 2016-03364).

Así las cosas, se hacía evidente la necesidad de dictar una norma que, con transparencia y rigor, viniera a aclarar esta cuestión, en especial porque las consecuencias de una u otra interpretación revisten gran trascendencia. En efecto, la calificación como tasa de la contraprestación que pagan los usuarios, incluso cuando el servicio sea gestionado por una empresa privada, supone que participa de la naturaleza tributaria y de los principios y garantías que conlleva; que se encuentra sometida a la necesaria aprobación de una ordenanza fiscal; que su cuantía no puede exceder del coste de la prestación del servicio como máximo; que dicha cuantía no tiene que someterse al control que corresponde a las comunidades autónomas en materia de precios autorizados; y que será el Ayuntamiento, y no el concesionario, quien habrá de llevar a cabo la ejecución del cobro mediante el procedimiento de apremio. Además, en lo que afecta a la financiación de los proyectos, la naturaleza de tasa impide que los derechos de cobro por la prestación del servicio puedan ser pignorados en garantía de los créditos que se otorgan. Tales limitaciones no existen si se opta por calificar el pago de los usuarios como tarifa o precio privado.

Tal como hemos adelantado, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público pretende zanjar el debate, pero no lo hace calificando las contraprestaciones de tasas, sino de «prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario».

En efecto, la disposición adicional cuadragésima tercera del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público dispone que «[l]as contraprestaciones económicas establecidas coactivamente que se perciban por la explotación de obras públicas o la prestación de servicios públicos, de forma directa mediante personificación privada o gestión indirecta, tendrán la condición de *prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario* conforme a lo previsto en el artículo 31.3 de la Constitución»; en particular, añade, «tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión, mediante sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales¹, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de derecho privado».

Estas previsiones se completan con las modificaciones que las disposiciones finales del Proyecto de Ley introducen en la Ley 8/1989, del Régimen Jurídico de las Tasas y los Precios Públicos General Tributaria (disp. final novena), en la Ley General Tributaria (disp. final undécima) y en la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (disp. final duodécima).

Lo que hace el proyecto de ley es configurar estas contraprestaciones económicas que se perciban por la explotación de obras públicas o por la prestación de servicios públicos como una nueva modalidad de las «prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario», según la categoría que ya prevé para el ámbito local el artículo 2.2 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Esta categoría financiera se distingue tanto de las tasas como de los precios públicos. Que no se trata de una tasa resulta claro al configurarse como prestación pública *de carácter no tributario* e introducirse una nueva disposición adicional primera de la Ley General Tributaria que las distingue de las prestaciones tributarias que se concretan en la tradicional tipología de tasas, contribuciones especiales e impuestos. Y que esta nueva categoría se configura como algo distinto de los precios públicos resulta de su exclusión expresa de la aplicación de la Ley 8/1989, de Tasas y Precios Públicos, por la disposición final novena del proyecto de la ley. La categoría de precios públicos no resultaría en ningún caso adecuada cuando se trate, como es el caso, de contraprestaciones que revistan carácter obligatorio e indispensable, pues está diseñada por la citada Ley de Tasas y Precios Públicos para servicios o actividades que «sean de solicitud voluntaria por parte de los administrados» (art. 24).

¹ El proyecto da respuesta aquí a la duda que suscitaba el régimen aplicable a los supuestos en que el servicio público se gestiona mediante personificación pública (entes públicos empresariales). Para solventar esta cuestión, el proyecto equipara los entes públicos empresariales (entidades que se crean mediante un instrumento público de personificación, pero que sujetan su régimen de actuación al derecho privado) al resto de los entes privados en cuanto a la aplicación del régimen de tarifa.

A estas contraprestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, el proyecto de ley las denomina *tarifa* cuando las regula en relación con los concesionarios de obras y servicios (arts. 257 y 289, entre otros). En la previsión de esta figura se aprecia la voluntad del legislador de aplicar una solución intermedia que respete por un lado la citada doctrina del Tribunal Constitucional, pero que evite al tiempo su calificación como tasa para dotar a los Ayuntamientos y al resto de las Administraciones Públicas de una mayor flexibilidad financiera en su gestión. En particular, estas nuevas «tarifas», al no revestir naturaleza tributaria, no tendrán que someterse ni a los requisitos ni al procedimiento de aprobación de las ordenanzas fiscales previstos en los artículos 15 a 17 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Interesa señalar que existen ya algunos antecedentes de aplicación de una categoría financiera de este tipo, pudiéndose citar en este sentido, sin ánimo exhaustivo, los ingresos regulados que percibe Aena, S. A. (conforme a lo indicado en el artículo 68.2 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea), o la tarifa que percibe la entidad prestadora del servicio público de abastecimiento de agua en alta mediante las instalaciones que integran la red Ter-Llobregat (según lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto Legislativo 3/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la legislación en materia de aguas de Cataluña).

En el caso que nos ocupa, las tarifas se regirán por lo dispuesto en la Ley de Contratos del Sector Público y en el resto de las normas legales que ésta modifica. De la regulación (bastante incompleta y dispersa) que contiene el proyecto podemos destacar de forma resumida los siguientes aspectos en lo que aquí interesa:

- En el caso de la Administración local², las tarifas se regularán mediante ordenanzas locales con la única especialidad de que durante su procedimiento de aprobación «las entidades locales solicitarán informe preceptivo de aquellas Administraciones Públicas a las que el ordenamiento jurídico les atribuyera alguna facultad de intervención sobre las mismas» (nueva redacción del artículo 20 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales introducida por la disposición final duodécima). Con ello, estas tarifas quedan sometidas a un «control de baja intensidad», por cuanto el informe que emita el Estado o la comunidad autónoma que ejerza las facultades de intervención no reviste carácter vinculante.

² Nada dice el proyecto de cuál debe ser el procedimiento de aprobación de estas tarifas en el resto de las Administraciones Públicas, pues, al margen del respeto al principio de legalidad (que puede considerarse cumplido con su previsión en la futura Ley de Contratos del Sector Público si la tarifa se enmarca en un contrato sujeto a esta norma legal), debería deslindarse la aprobación de la tarifa aplicable al contrato del acto de adjudicación de éste (al igual que sucede, por ejemplo, en la aprobación de los proyectos de una obra pública).

- Para los servicios prestados por concesionarios³, estas tarifas se fijarán en función de su utilización por los usuarios del servicio y serán revisadas, en su caso, en la forma establecida en el contrato, que se ajustará, en todo caso, a lo previsto en el capítulo II del título III del libro primero de la Ley de Contratos del Sector Público.
- Hay que entender que el cobro de las tarifas podrá ser exigido en vía ejecutiva mediante el procedimiento de apremio por el Ayuntamiento o la Administración Pública competente, aunque el servicio sea prestado en régimen privado por concesionarios o empresas mixtas o de forma directa mediante personificación privada. Así parece indicarlo su configuración por el proyecto de ley como una de las dos categorías en las que se subdividen las «prestaciones patrimoniales de carácter público», que pasan a ser definidas por la Ley General Tributaria como «aquellas a las que se refiere el artículo 31.1 de la Constitución que se exigen con carácter coactivo» y que comprenden estas prestaciones y las tributarias. Además, en el ámbito local, el citado artículo 2.2 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, que pasará a ser de aplicación, expresamente dispone que «para la cobranza de los tributos y de las cantidades que como ingresos de derecho público, tales como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, precios públicos, y multas y sanciones pecuniarias, debe percibir la Hacienda de las entidades locales de conformidad con lo previsto en el apartado anterior, dicha Hacienda ostentará las prerrogativas establecidas legalmente para la hacienda del Estado, y actuará, en su caso, conforme a los procedimientos administrativos correspondientes»⁴.
- Por lo que respecta a su posibilidad de pignoración en garantía de los créditos otorgados al concesionario, entendemos que por ser prestaciones públicas será precisa la autorización de la Administración competente⁵.

³ Habría sido también deseable que el proyecto hubiera establecido el régimen jurídico aplicable a las tarifas cuando el servicio público esté gestionado de forma directa mediante personificación privada, dado que hay que entender que en estos supuestos no resultarán de aplicación las disposiciones previstas en el proyecto de ley para los medios propios. Sirva como ejemplo la cláusula sexta del Convenio de Gestión Directa de la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, S. A., de 16 de agosto del 2017 (BOE del 25 de agosto).

⁴ El posible cobro en vía ejecutiva plantearía la cuestión de si será necesario, para cumplir el procedimiento legalmente establecido, abrir con carácter previo un procedimiento administrativo de pago voluntario, adicional al plazo ordinario de cobro de la tarifa.

⁵ En el caso de un Ayuntamiento, en cuanto la pignoración afecta a su régimen, entendemos que será necesario también que —al igual que se prevé para su aprobación— la Administración que ejerza las facultades de intervención sobre el municipio emita un informe preceptivo, pero no vinculante.